

Eduardo Cambi

CURSO DE DIREITO PROBATÓRIO

Curitiba
Juruá Editora
2014

Visite nossos *sites* na Internet

www.jurua.com.br e

www.editorialjurua.com

e-mail: *editora@jurua.com.br*

ISBN: 978-85-362-4747-2



Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil

Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Cambi, Eduardo.

C175 Curso de direito probatório./ Eduardo Cambi./ Curitiba:

Juruá, 2014.

652p.

1. Prova (Direito). 2. Direito processual. I. Título.

000018

CDD 347 (22.ed.)

CDU 347

SUMÁRIO

I	TEORIA GERAL DA PROVA.....	19
1	Introdução.....	19
2	Conceito de Prova.....	20
3	Elementos de Prova ou Informativos.....	21
4	Funções da Prova.....	29
4.1	Funções Interna e Externa.....	29
4.2	Função Demonstrativa e Persuasiva da Prova.....	31
4.2.1	Função demonstrativa.....	31
4.2.2	Função argumentativa (persuasiva).....	34
4.2.3	Possibilidade de conciliação entre as funções demonstrativa e persuasiva.....	36
5	Objeto da Prova.....	37
5.1	Definição.....	37
5.2	Fixação do <i>Thema Probandum</i>	38
5.3	Circunstâncias que não Integram o Objeto da Prova no Processo Civil... 41	41
5.3.1	Fatos notórios.....	41
5.3.2	Fatos não controvertidos.....	51
5.3.3	Fatos em cujo favor militam presunção legal de existência e veracidade.....	57
6	Prova do Direito.....	58
7	Fontes e Meios de Prova.....	64
8	Provas Atípicas.....	66
8.1	Reconhecimento de Pessoas ou de Coisas.....	68
8.2	Provas Emprestadas.....	69
8.2.1	Conceito e abrangência.....	69
8.2.2	Da validade e da eficácia das provas emprestadas.....	71

8.2.3	Provas emprestadas viciadas.....	76
8.2.4	Da valoração da prova emprestada	80
8.3	<i>Expert Witnesses</i> ou <i>Expert Testimony</i>	82
8.4	Documentos Psicografados	85
8.5	Detectores de Mentira	88
8.6	Declarações Escritas de Testemunhas	88
8.7	Comportamento Processual e Extraprocessual das Partes.....	90
9	Provas Ilícitas.....	96
9.1	Conceito	96
9.2	Aplicação do Postulado da Proporcionalidade	98
9.3	Provas Ilícitas: Questões Específicas	102
9.3.1	Sigilo bancário e fiscal.....	102
9.3.2	Sigilo telefônico: Gravação e interceptação telefônicas.....	107
9.3.3	Escuta ambiental	115
9.3.4	Sigilo de dados.....	122
9.3.5	<i>E-mails</i> corporativos	123
9.4	Provas Ilícitas por Derivação (“Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada”).....	126
9.5	Valoração das Provas Ilícitas	132
10	O Direito ao Silêncio e o Privilégio Contra Auto-Incriminação (<i>Nemo Tenetur se Detegere</i>).....	135
10.1	Direito ao Silêncio: Contexto Normativo e Pretoriano.....	135
10.2	Da Produção de Provas Contra Si Mesmo nas Infrações de Trânsito	148
10.3	Submissão ao Controle de Dopagem na Justiça Desportiva.....	157
10.4	Coleta de Perfil Genético como Forma de Identificação Criminal.....	157
11	Ônus da Prova.....	161
11.1	Conceito	161
11.2	Classificação: Ônus da Prova em Sentido Subjetivo e Objetivo	162
11.3	Exegese do Art. 333 do CPC.....	163
11.4	Ônus da Prova na Reconvenção	165
11.5	Ônus Imperfeito.....	165
11.6	Prova nos <i>Hard Cases</i>	166
11.7	Ônus da Prova no Processo Penal	167
12	Técnica de Inversão do Ônus da Prova.....	169
13	Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor (CDC)	171
13.1	Facilitação da Defesa do Consumidor em Juízo.....	171

13.2	Inversão <i>Ope Iudicis</i>	172
13.3	Requisitos para a Inversão do Ônus da Prova	172
13.4	Inversão do Ônus da Prova e Responsabilidade Subjetiva dos Profissionais Liberais.....	175
13.5	Momentos de Inversão do Ônus da Prova	175
13.6	Inversão do Ônus da Prova e Contraprova	177
13.7	Inversão do Ônus da Prova e Convencimento Judicial	180
13.8	Inversão do Ônus da Prova e Inversão do Ônus do Pagamento Antecipado das Despesas Processuais	182
13.9	Inversão do Ônus da Prova e Tutela dos Direitos Transindividuais.....	188
13.10	Inversão do Ônus da Prova na Ação Civil Pública por Improbabilidade Administrativa.....	196
13.11	Antecipação de Honorários Periciais pelo Ministério Público na Ação Civil Pública.....	202
14	Inovações em Matéria Probatória no Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e o Projeto de Lei 4.484/12	207
14.1	Breve Histórico	207
14.2	Principais Inovações em Matéria Probatória no Código Modelo	208
14.3	O Projeto de Lei 4.484/12	209
15	Provas Estatísticas	211
15.1	Introdução	211
15.2	Admissibilidade das Provas Estatísticas.....	213
15.3	Categorias da Causalidade.....	214
15.4	Relevância e Valoração das Provas Estatísticas	216
15.5	Preconceitos e Técnicas Processuais	222
15.6	Síntese Conclusiva	225
16	Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova).....	226
16.1	Crítica à Técnica do Art. 333 do CPC.....	226
16.2	Inversão do Ônus da Prova e Distribuição Dinâmica	227
16.3	Técnicas de Facilitação da Produção da Prova e Desnecessidade de Previsão Legal.....	231
16.4	Distribuição Dinâmica e Direito ao Silêncio.....	232
16.5	Momento da Aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica das Cargas Probatórias e a Visão Solidarista e Publicística do Processo Civil	234
16.6	Limites Materiais e Formais para a Distribuição Dinâmica das Provas	239
16.7	Hipóteses Exemplificativas de Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios no Direito Brasileiro	240

17	Impossibilidade de Produção da Prova Para Ambas as Partes e Inversão do Ônus da Prova na Sentença.....	243
18	Ônus da Prova em Sentido Objetivo.....	245
19	Critérios Complementares para o Julgamento da Causa Além dos Previstos no Art. 333 do CPC	250
20	Direito à Prova.....	258
21	Poderes Instrutórios do Juiz.....	260
22	Classificação das Provas.....	269
23	Indícios e Presunções.....	271
23.1	Conceitos.....	271
23.2	Objetivo das Presunções.....	272
23.3	Admissibilidade das Provas Circunstanciais	275
23.4	Espécies de Presunções	277
23.4.1	Presunções legais	277
23.4.1.1	Presunções legais absolutas (<i>iure et de iure</i>).....	277
23.4.1.2	Presunções legais relativas (<i>iuris tantum</i>)	278
23.4.1.3	Presunções mistas.....	280
23.4.1.4	Conflito entre presunções legais.....	280
23.4.2	Presunções judiciais (<i>hominis</i>).....	280
23.5	Recusa ao Exame de DNA e Presunção de Paternidade.....	285
24	Máximas da Experiência.....	295
24.1	Conceito	295
24.2	Classificação	295
24.3	Premissas Maiores.....	297
24.4	Validade das Máximas da Experiência.....	298
24.5	Funções das Máximas da Experiência.....	299
24.6	Máximas da Experiência e Motivação das Decisões.....	301
25	A Prova na Ação Inibitória	308
26	Momentos da Prova	313
27	Da Valoração da Prova	313
27.1	Conceito	313
27.2	Sistemas de Valoração da Prova	314
27.3	<i>Standards</i> Judiciais (ou Modelos de Constatação) do Convencimento Judicial	326
27.4	Livre Valoração e Expectativas Sociais	331
27.5	Soluções do Direito Estrangeiro.....	333
27.6	Modelos de Constatação para o Direito Brasileiro.....	337

27.6.1 O art. 131 do CPC	337
27.6.2 Modelos de constatação básicos	337
27.6.2.1 Probabilidade prevalente	339
27.6.2.2 Dúvida razoável.....	341
27.6.3 Modelos de constatação para a prova indiciária.....	342
27.6.4 Modelos de constatação para as tutelas urgentes	346
27.7 Outros <i>Standards</i> Judiciais.....	347
28 Reexame de Prova e Revalorização da Prova nos Recursos de Estrito Di- reito	351
29 Finalidade da Prova: o Problema da Verdade Processual	355
29.1 Verossimilhança, Probabilidade e Verdade.....	355
29.1.1 Verossimilhança.....	355
29.1.2 Probabilidade	356
29.1.3 Verdade.....	356
29.1.3.1 Introdução	356
29.1.3.2 Verdade absoluta e relativa	357
29.1.3.3 Verdade formal e material	358
29.1.3.4 Verdade relativa e certeza	360
29.2 Papel da Verdade: Instrumental Concretização de Decisões Justas	363
29.3 Verdade e Argumentação Jurídica.....	366
29.4 Verdade e Teoria Narrativista do Direito	367
30 Natureza Jurídica das Normas Relativas à Prova.....	372
31 Provas Cíveis e Penais: Linhas de Aproximação	373

II PROVAS EM ESPÉCIE..... 379

1 Depoimento Pessoal.....	379
1.1 Conceito	379
1.2 Espécies.....	380
1.3 Interrogatório por Videoconferência no Processo Civil	381
1.4 Consequências Processuais	383
1.4.1 Interrogatório	383
1.4.2 Depoimento pessoal	387
1.5 Intimação Pessoal.....	387
1.6 Dever e Ônus de Comparecimento.....	387
1.6.1 Depoimento da parte por provocação	387
1.6.2 Interrogatório Judicial.....	390
1.7 Forma	391

1.8	Extensão da Aplicação do Art. 212 do CPP ao Processo Civil	393
1.9	Sujeitos do Depoimento Pessoal	398
2	Confissão	399
2.1	Conceito	399
2.2	Natureza Jurídica.....	400
2.3	Espécies.....	401
2.4	Objeto.....	402
2.5	Distinções.....	404
2.5.1	Confissão e reconhecimento jurídico do pedido	404
2.5.2	Confissão e negócio jurídico.....	405
2.5.3	Confissão e admissão	405
2.5.4	Confissão e não contestação	406
2.6	Eficácia.....	406
2.7	Eficácia – Regras Especiais.....	410
2.8	Invalidação da Confissão	412
2.9	Indivisibilidade.....	414
3	Prova Documental.....	415
3.1	Introdução	415
3.2	Conceito	416
3.3	Elementos e Classificação dos Documentos	418
3.4	Autenticidade e Veracidade.....	420
3.5	Da força Probante dos Documentos	421
3.5.1	Documentos públicos.....	421
3.5.1.1	Fé pública.....	421
3.5.1.2	Original e cópia	422
3.5.2	Documentos particulares.....	426
3.5.2.1	Presunção de veracidade (exegese dos arts. 368 e 369 do CPC)...	426
3.5.2.2	Data do documento particular	428
3.5.2.3	Autoria e indivisibilidade do documento particular	429
3.5.2.4	Originais e fotocópias.....	429
3.5.2.5	A fé emanada dos documentos particulares	430
3.5.3	Arguição de falsidade	431
3.5.3.1	Cessaç���� da f�� dos documentos particulares	435
3.6	Documentos Especiais.....	436
3.6.1	Documentos de telemática (telegrama, radiograma e outros meios de transmiss����)	436
3.6.2	Cartas e registros domésticos	437
3.6.3	Livros comerciais.....	438

3.6.4	Documentos fotográficos, cinematográficos ou de outra espécie	440
3.6.5	Documentos eletrônicos.....	441
3.6.5.1	Regulamentação	441
3.6.5.2	Representação magnética	443
3.6.5.3	Processo eletrônico.....	443
3.6.5.4	Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (IPC).....	447
3.6.5.5	Original e cópia dos documentos eletrônicos	448
3.6.5.6	Assinatura eletrônica e certificação digital.....	449
3.6.5.7	Demonstração efetiva do envio e do recebimento de mensagem eletrônica	453
3.7	Produção da Prova Documental	454
3.7.1	<i>Fair Play</i> processual	458
3.8	Obtenção de Documentos.....	459
3.8.1	Modalidades.....	459
3.8.2	Requisição dos documentos	461
3.8.3	Exibição de documento ou coisa.....	465
3.8.3.1	Espécies de exibição.....	465
3.8.3.2	Natureza jurídica	466
3.8.3.3	Consequências da não exibição.....	466
3.8.3.4	Direito à exibição	468
3.8.3.5	Regras de exclusão ao dever de exibição	472
3.8.3.6	Procedimento.....	474
4	Prova Testemunhal	476
4.1	Conceito	476
4.2	Requisitos.....	476
4.3	Da Convocação da Testemunha	480
4.4	Da Capacidade para ser Testemunha.....	482
4.4.1	Incapazes de depor	482
4.4.2	Impedidos de depor.....	486
4.4.3	Suspeitos de depor	489
4.5	Deveres e Direitos das Testemunhas	493
4.6	Admissibilidade da Prova Testemunhal	497
4.7	Exclusão do Dever de Depor.....	502
4.8	Momentos e Produção da Prova Testemunhal	509
4.9	Procedimento da Prova Testemunhal	513
4.9.1	Requerimento e especificação da prova.....	513
4.9.2	Rol de testemunhas	513

4.9.3	Número máximo de testemunhas	517
4.9.4	Momento e forma do depoimento	519
4.9.5	Valoração da prova testemunhal	526
4.9.6	Acareação.....	527
4.10	Depoimento Sem Dano e Falsa Memória.....	528
4.10.1	Depoimento sem dano.....	529
4.10.2	Importância atual dos estudos sobre as falsas memórias.....	547
4.10.3	A interferência provocada pelo entrevistador	554
5	Prova Científica (Pericial)	557
5.1	A Ciência Privada e a Ciência Oficial do Juiz.....	557
5.2	Conceito de Prova Científica.....	558
5.3	Observância do Contraditório na Prova Científica	563
5.4	Conceito de Prova Pericial	564
5.5	Objeto da Perícia	566
5.6	Espécies.....	569
5.7	Perícia Informal.....	570
5.8	Admissibilidade e Relevância	572
5.9	Momentos da Prova Pericial.....	579
5.10	A Escolha do Perito.....	581
5.11	Imparcialidade do Perito	586
5.12	Substituição do Perito.....	588
5.13	Remuneração do Perito	588
5.14	Assistentes Técnicos	596
5.15	Quesitos, Críticas e Esclarecimentos.....	598
5.16	Conclusões do Perito	601
5.17	Valoração da Prova Pericial e a Segunda Perícia	604
6	Inspeção Judicial.....	610
REFERÊNCIAS.....		615
ÍNDICE ALFABÉTICO		631